

WYROK

z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r. przez **wykonawcę URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie** kwotę **4 218 zł 49 gr.** (słownie: cztery tysiące dwieście osiemnaście złotych czterdzieści dziewięć groszy) na rzecz **Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawa dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni dwóch sztuk trolejbusów niskopodłogowych z zasilaniem alternatywnym opartym na bateriach litowo – jonowych.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 maja 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 098-178072.

Wykonawca URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 28 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści postanowień SIWZ, zarzucając naruszenie art. 7, 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie wymagań SIWZ (pkt V.1.2.1.) w zakresie doświadczenia wykonawcy, które w sposób nieuprawniony faworyzuje jednego z potencjalnych wykonawców ograniczając konkurencję. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 maja 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni dwóch sztuk fabrycznie nowych trolejbusów całkowicie niskopodłogowych jednoczołowych o długości 12 m – 12,5 m, z zasilaniem alternatywnym opartym na bateriach litowo-jonowych, jednego typu, pochodzące od tego samego producenta (pojazdy) wraz z przeszkoleniem pracowników Zamawiającego dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni.*

/dokumentacja postępowania: Rozdział III Opisu przedmiotu zamówienia ppkt 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2/72/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: ppkt 1.2.1: Wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji co najmniej 2 dostaw trolejbusów całkowicie niskopodłogowych, produkowanych seryjnie, wyposażonych w napęd prądu przemiennego, z alternatywnym zasilaniem bateriami trakcyjnymi, do minimum dwóch odbiorców, po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

/dokumentacja postępowania: Rozdział V warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ppkt V.1.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4/72/.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca - URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie – wniósł odwołanie w dniu 28 maja 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy URSUS S. A> z siedzibą w Lublinie z dnia 28 maja 2015 r. /.

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania – w dniu 9 czerwca 2015 r. - dokonał zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia m. in. w zakresie postawionego warunku w następujący sposób:

Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: ppkt 1.2.1: Wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji co najmniej 2 dostaw trolejbusów całkowicie niskopodłogowych, produkowanych seryjnie, wyposażonych w napęd prądu przemiennego, z alternatywnym zasilaniem bateriami trakcyjnymi, po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące postawionego warunku i wymagań Zamawiającego opisanych w Rozdziale V ppkt 1.2.1 SIWZ niniejszego postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba, rozpoznając zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy z rozdziału V ppkt 1.2.1 SIWZ - który w ocenie Odwołującego w sposób nieuprawniony faworyzuje jednego z potencjalnych wykonawców, ograniczając konkurencję - uznała że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Bezspornym jest – w ocenie Izby - iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia związany jest z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Izba podzieliła poglądu Zamawiającego, że tak sformułowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i postawione przez niego granice – w warunku i jego opisie - należy badać przez pryzmat przedmiotu zamówienia.

Nie ulega wątpliwości – co wynika z przepisów ustawy Pzp - iż sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego też punktem odniesienia dla Zamawiającego powinien być przedmiot zamówienia

oraz jego wartość. Wprowadzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców niespełniających warunku wiedzy i doświadczenia, którzy de facto byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Należy również zauważyć, że Zamawiający ma prawo stawiania wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oczywiście w pewnych granicach, tak aby dzięki nim mógł ustalić czy wykonawca posiada m. in. odpowiednią wiedzę i doświadczenie, odnosząc swoje wymagania wyłącznie do konkretnego postępowania. Należy pamiętać, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Ponadto – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych – skonkretyzowane warunki udziału w postępowaniu pełnią funkcję rękojmi dla należytego wykonania zamówienia, a wykonanie jednorazowej dostawy – w tym przypadku jednego pojazdu - nie stanowi potwierdzenia posiadania doświadczenia, w uzyskiwanie którego z definicji wpisana jest powtarzalność i które potwierdzają faktycznie posiadane umiejętności do zrealizowania zamówienia.

Należy pamiętać – co zostało już wskazane – że owa „*proporcjonalność do przedmiotu zamówienia*” przywołana w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się do konkretnego postępowania, i w oparciu o to postępowanie Zamawiający dokonuje opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Ponadto w ocenie Izby ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu nie zostało przez Odwołującego wykazane. Wykonawca nie wykazał, ani w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku jest nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia i że w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję. Dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest adekwatny do opisu przedmiotu zamówienia, nie ulega wątpliwości, że odnosi się do niego.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, co do niewłaściwości tego opisu, a w szczególności odnoszących się do niego sformułowań: „*co najmniej 2 dostaw*” oraz „*po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie*”.

Przede wszystkim – co zostało zauważone – Zamawiający wszczęcie postępowania przeprowadził badaniem rynku sprzedaży trolejbusów. Odwołujący oparł swoją argumentację jedynie na doświadczeniu wynikającego z rynku polskiego. Jak słusznie zauważył Zamawiający nie tylko polscy dostawcy są potencjalnymi wykonawcami niniejszego zamówienia, jednocześnie Zamawiający wskazał na konkretnych europejskich producentów trolejbusów. Ponadto Zamawiający zwrócił się do jednego z zagranicznych podmiotów realizujących tego typu zamówienie (firma Bozankaya z siedzibą w Turcji) i w dniu 27 maja 2015 r. otrzymał wiadomość drogą mailową o zainteresowaniu tej firmy niniejszym postępowaniem.

Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający – warunek w obecnym brzmieniu wymaga zatem dwóch dostaw po dwa pojazdy, co jest dopuszczalne – w szczególności w kontekście przedmiotu zamówienia jaki ma być dostarczony Zamawiającemu. Zamawiający planuje zakupić dwa pojazdy produkowane seryjnie, zatem wymóg „*po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie*” należy również uznać za prawidłowy.

Dodatkowo na marginesie należy dodać, iż to, że Odwołujący nie może wykazać się postawionym warunkiem udziału w postępowaniu i nie posiada wymaganego doświadczenia, nie może z góry wskazywać na naruszenie art. 27, 2 ust. 4 w zw. z art. 29 ustawy Pzp. Niewystarczające jest również powołanie się na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, konieczne jest wykazanie okoliczności wskazanych w ustawie Pzp.

Ponadto Zamawiający wobec dokonanej modyfikacji usunął wymóg wykazania „*do minimum dwóch odbiorców*”, uznając że warunkiem wystarczającym dla zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia może być wykazanie się dwoma dostawami, zatem w ocenie Izby w tej części warunku – jego opisu, nie istniał już przedmiot sporu w momencie orzekania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....